

A Pessoa: Entre o Formalismo e a Realidade Ética*

José de Oliveira Ascensão

Professor Catedrático da Universidade de Lisboa

1. O DILEMA DA PESSOA NO DIREITO

Os arts. 11 a 21 do novo Código Civil (daqui por diante, simplesmente CC) representam uma inovação em relação ao código anterior. Este não regulava os Direitos de Personalidade.

Mas qual é o âmbito, afinal de contas, dessa inovação?

A lista de direitos apresentada é extremamente sucinta. Pode mesmo surpreender que os direitos mais importantes não estejam contemplados: o direito à vida, desde logo.

E os direitos que efectivamente se prevêem não duplicarão direitos fundamentais, assegurados já pela Constituição?

Por outro lado, a mesma Constituição insere logo no art. 1, III, entre os seus fundamentos, “a dignidade da pessoa humana”¹. A mesma categoria aflora igualmente noutros preceitos constitucionais.

Que conexão existe entre esta proclamação e a nova disciplina civilística dos direitos de personalidade?

Procuraremos responder a estas interrogações. Mas para isso, partimos de uma verificação que se situa aparentemente muito longe.

* Texto reduzido a escrito da conferência proferida no seminário “Os Direitos da Personalidade”, realizado na EMERJ, em 13.05.2005.

¹ Segue na esteira da Constituição alemã, que declara lapidariamente: “*Die Würde des Menschen ist unantastbar*”. Mas esta isola o princípio de todas as outras matérias para exprimir a dignidade supraconstitucional da pessoa. Já assim não procedem a Constituição brasileira e a portuguesa, que o inserem junto a outros princípios de menor transcendência.

Os livros dedicados à disciplina de Teoria Geral (ou Parte Geral) do Direito Civil versam normalmente as pessoas logo após as considerações introdutórias, de envolta ou não com a personalidade jurídica.

Mas outros não o fazem. Começam pela relações ou situações jurídicas. E só mais tarde, como mero elemento destas, aparecem os sujeitos, que seriam as pessoas.

Será apenas questão de sistemática?

Toca-se, ao que pensamos, algo muito mais profundo.

Ou se parte da *pessoa*, como entidade prévia e fundamentadora de todo o Direito, ou da *norma*, como critério universal e auto-suficiente do jurídico.

Esta última orientação é emanção do positivismo e do normativismo, que têm a sua formulação extrema na Teoria Pura do Direito. A pessoa é figura incômoda e não integrável, por ser extra-jurídica. Só há que falar em *sujeito*, como realidade somente funcional: é um centro de imputação de normas jurídicas. Não se caracteriza materialmente quem ocupa a posição de sujeito. Adaptando uma formulação usada a propósito de certos entendimentos do direito real, a pessoa surge como um buraco no meio de um complexo de normas.

Neste enquadramento não haveria que fazer distinção substancial entre pessoa física e jurídica, como sujeitos de direito. Tudo o que fosse centro de imputação de normas jurídicas seria sujeito de direito – por exemplo, o cavalo que o imperador Calígula designou senador.

Na orientação oposta, a pessoa é realidade que preexiste ao Direito, de modo que este lhe está subordinado. A pessoa define-se e impõe-se por si: não é a lei quem a cria². O Direito positivo é moldado ao serviço dela. Por isso, haverá necessariamente que partir desta entidade real³.

² Isso não impede que, aqui como noutros lugares, o Direito deva desempenhar a função de dar condições de praticabilidade à realidade, atribuindo fronteiras operacionais ao fluir contínuo da vida.

³ Na nossa orientação, a pessoa é simultaneamente:

- fim do Direito.
- fundamento do Direito da Personalidade.
- sujeito de situações jurídicas.

Em qualquer caso, a noção de pessoa é prévia. Cfr. o nosso **Direito Civil – Teoria Geral**, vol. I, “Introdução. As Pessoas. Os Bens”, 2.^a ed., Coimbra Editora, 2000.

2. A GÊNESE: A FILOSOFIA GREGA E O CRISTIANISMO

Mas pode objectar-se: seja qual for a resposta que se der, o que traz deveras de novo o CC? Não estaria tudo já contido na extensíssima lista do art. 5º da Constituição, que ainda por cima não se pretende exaustiva?⁴ Não seria já suficiente o “Direito Civil Constitucional”, para usar uma categoria que está na moda?

Para responder, não podemos deixar de ir às origens. E antes de mais, à própria génese da noção de pessoa.

Esta noção não se desenvolveu no gregarismo das sociedades primitivas. A coesão imposta aos seus membros, para assegurar a própria subsistência, não o permitia.

Não se formulou sequer nas grandes civilizações orientais. Em terminologia actual, eram totalitárias. O homem funcionava como uma peça do conjunto.

Ganha-se consciência da pessoa através de duas fontes, separadas mas convergentes no resultado:

- a filosofia grega.
- o cristianismo.

A *cidade grega*, mesmo quando democrática, era totalitária: a condenação de Sócrates é elucidativa. Mas é também de Sócrates o ***nosce te ipsum***. Os gregos cultivaram o homem de uma maneira nova. Distinguem-no da cidade, por abstracção. Aparece assim um humanismo, base da identidade pessoal.

Além disso, os gregos fundam-se numa ontologia. A ética tem base na realidade, no que é. É ético o que é. Na base está, pois, um é, que se prolonga num dever ser.

O outro pilar está no *cristianismo*. Afirma o valor infinito de cada pessoa, porque criada à imagem e semelhança de Deus⁵. Marca a não absorção da pessoa pelo grupo: “Dai a César o que é de César, e a Deus o que é de Deus!”⁶ Cada pessoa, embora comunitariamente integrada, tem em si a plenitude da humanidade.

⁴ Uma vez que estabelece que os direitos e garantias expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adoptados ou de tratados internacionais (art. 5º, § 2.º).

⁵ “O segundo mandamento é semelhante ao primeiro: amar o próximo como a si mesmo”. Amar o próximo é semelhante a amar a Deus, não obstante a infinita desproporção!

⁶ É um princípio que, não obstante as aparências, ainda só encontrou acolhimento na civilização ocidental.

3. AS DECLARAÇÕES DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO

Estavam assim lançadas as bases do entendimento da pessoa.

Mas a noção não desabrochou imediatamente. Foi necessária uma lenta elaboração, que só alcançou a maturidade na filosofia medieval.

Esta filosofia foi estimulada pela necessidade de explicar a trindade das pessoas divinas. Para isso a noção de *pessoa* tornou-se central. O acesso tardio aos textos gregos permitiu a síntese.

O homem é um ***distinctum subsistens***. Tem fins próprios: a liberdade é-lhe dada para conduzir à sua própria realização. E a integração comunitária, o próximo, aparece dialecticamente como condição da realização de cada homem.

Estamos no séc. XIII. Mas da orientação de São Tomás de Aquino logo se distingue uma linha voluntarista, prosseguida por Guilherme de Ockam, Duns Escoto e outros.

Essa linha prepara de certo modo o caminho para a reforma protestante, como o prepara, noutra vertente, para o humanismo renascentista.

No séc. XVI traz o florescimento do direito subjectivo.

No séc. XVII, o contrato social.

No séc. XVIII, o iluminismo, o enciclopedismo e o próprio kantismo.

O contrato social dá a explicação voluntarista dos direitos do cidadão. No estado de natureza o homem só tinha, por definição, direitos. O Estado é criado para garantir esses direitos. Na linha liberal o Estado assegura a liberdade, mas a liberdade é formal – só importa o espaço de livre arbítrio, não o conteúdo ou para quê. O individualismo subordina o elemento comunitário e a solidariedade. Sobre estas bases se constrói a democracia política e o liberalismo económico do séc. XIX, com a grande exaltação da propriedade que é característica destas orientações.

E é neste ambiente que florescem os Direitos do Homem⁷. Mas no início havia muito a referência aos *direitos do cidadão*, o

⁷ Ou humanos, ou inatos, ou originários...

que traduzia o espírito que lhes presidiu. Estavam centrados numa visão redutora do Estado; este era o inimigo que, mediante a interposição destes direitos, se procurava manter a distância. É muito o espírito das declarações constitucionais de direitos, sobretudo da Constituição dos Estados Unidos da América, surgida logo no séc. XVIII e ainda vigente.

As constituições e as declarações de direitos passam a albergar uma lista de reivindicações perante o Estado, que haviam logrado satisfação. Por elas, o cidadão só tem direitos e não tem deveres ⁸.

Isto conduziu à sociedade burguesa em que nos encontramos ainda, em que, perante cidadãos só com direitos, se configura um Estado que só tem deveres.

Porém o Estado, ao contrário da pessoa, não é um ente subsistente por si. O Estado vive das pessoas que o compõem.

De maneira que temos um Estado, que só tem deveres, composto por pessoas que só têm direitos!

Não pode deixar de dar mau resultado.

Na evolução subsequente procurou-se dar mais conteúdo aos direitos, dissociando-os da visão de meros atributos contra o Estado. Surgem assim os direitos fundamentais de segunda, terceira, quarta e sabe-se lá que mais geração. Todavia, o espírito inicial nunca se apagou. Há que manter o Estado a serviço, mas, por isso mesmo, simultaneamente a distância. Há eclipses deste pensamento nas grandes emoções, como quando desabam as torres gémeas, mas na base encontra-se um específico entendimento do que é público e é privado, sendo privado aquilo em que o Estado não pode intervir.

É este o sentido da **privacy** norte-americana, que abrange a quase totalidade do que nos outros países se designa direitos de personalidade⁹. Traduz-se num direito negativo, o direito de não ser incomodado. Fala-se num direito de estar só. A verdade é que ganha um acento anti-comunitário, o que representa uma maneira viciosa de entender a pessoa humana.

⁸ É assim literalmente nas origens filosóficas, até em Kant.

⁹ Cfr. o nosso "A reserva da intimidade da vida privada e familiar", in **Direito Civil no Século XXI**, Editora Saraiva (São Paulo), 2003, 317-334; e in **RFDL**, vol. XLIII, n.º1, Coimbra Editora, 2002, 9-25.

Quando nos hospedamos num hotel, encontramos a placa: “*do not disturb*”. Traduz primorosamente o sentido da **privacy**.

Paralelamente, foram-se formulando declarações pretensamente universais de direitos do homem. Só atribuem direitos, omitem deveres. Têm a característica comum de serem insensíveis ao tempo e quase sempre ao espaço.

Dá-se particular relevo à Declaração Universal dos Direitos do Homem, embora consista numa simples Resolução da Assembleia Geral da ONU. Tem um estranho conteúdo, dando grande importância à propriedade. “Direitos” como o de protecção dos interesses *materiais* e morais do autor, a coberto da protecção da pessoa, escondem mal a pressão dos **lobbies** dominantes.

Estas declarações contêm uma carga política, utilizada para permitir intervenções selectivas a nível internacional, mas afastam-se do que deveriam ser as autênticas implicações da pessoa humana.

A tendência de tudo apresentar como direitos universalizou-se, mas esconde também um logro¹⁰.

4. PANORAMA DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE NO BRASIL

Neste pano de fundo, como caracterizar a situação brasileira?

O art. 5º da Constituição dá um empolamento máximo aos direitos fundamentais.

Com isto, ao lado de previsões que respeitam efectivamente a aspectos substanciais, surgem outras que dificilmente podem estar relacionadas com direitos do homem.

E assim, são incluídos aspectos:

– organizacionais, como o relativo ao júri (inc. XXXVIII).

¹⁰ É elucidativo o que respeita ao chamado *direito à arquitectura*. É promovido sistematicamente como um novo direito dos cidadãos. Mas esse direito é afinal um encargo mais para os destinatários: consiste em serem obrigados a recorrer a um arquitecto, por estes passarem a ter a exclusividade de subscrição de planos de arquitectura. Não nos interessa saber se o exclusivo reclamado se justifica ou não: basta notar que se apresenta como *direito* aquilo que para o público constitui um agravamento da situação, como resulta sempre dos exclusivos. Dizer que há um direito porque “o interesse bem entendido do público” o exige é o mesmo que falar num direito ao imposto para referir a obrigação de o pagar... Cfr. em Portugal a Resolução unânime da Assembleia da República, a culminar uma vasta campanha pelo direito à arquitectura: Resol. n.º 52/03, **Diário da República**, 1.ª série, de 11.VI.03.

– de vantagem pecuniária, como a garantia do direito à imagem nas competições desportivas (inc. XXVIII a).

– nada fundamentais, mesmo insignificantes, como a gratuidade da certidão de óbito (inc. LXXVI b).

Neste último caso, é evidente que não há nenhum aspecto pessoal que seja assegurado.

Isto faz perder à categoria dos direitos fundamentais unidade substantiva: só tem unidade formal. Equivale afinal ao que se conseguiu que ficasse assegurado pela constituição, mas dissocia-se da defesa da personalidade.

Esta floração de direitos, que se manifesta igualmente noutras ordens jurídicas, tem reflexos negativos. Banaliza na realidade o que deveria ser verdadeiramente fundamental. E os direitos menos importantes, competindo com os principais, acabam por os sufocar por disputarem o mesmo espaço e os mesmos meios de defesa.

É perante este quadro que há que repropor a pergunta enunciada: que traz de novo a previsão dos direitos de personalidade no Código Civil?

Já dissemos que a lista apresentada é exígua; e que faltam os direitos que sempre foram considerados mais importantes, como os direitos à vida e integridade física, à honra...

Só aqueles poucos direitos contemplados, como o direito ao nome e à imagem, serão direitos de personalidade para o Código Civil?

Analisando as figuras contempladas, encontramos um traço negativo comum: não são direitos contra o Estado, ou direitos dirigidos primacialmente contra o Estado. Escapam assim à caracterização originária que fizemos dos direitos fundamentais.

Por outro lado, não se diz que a lista apresentada seja exaustiva; mas também não se diz que o não seja. Pelo que se suscita a questão da tipicidade dos direitos de personalidade.

Se só estes fossem os direitos de personalidade admitidos, o contributo do Código Civil seria insignificante – ou mesmo praticamente nulo, perante o que constava já da Constituição. E teria muito pouco relevo para o objectivo de protecção da pessoa humana.

Para superar um problema análogo, de uma insuficiente previsão de direitos sobre bens da personalidade que devessem ser pro-

tegidos, a jurisprudência alemã criou a figura do *direito geral da personalidade*: um direito que abrangeria todas as exigências de tutela da pessoa humana.

Este esquema é retomado por vezes no Brasil e noutros países, mas sem razão. Ele tem fundamento na limitação dos “bens da vida”, a que é outorgada protecção absoluta, nos termos do § 823 BGB, podendo gerar responsabilidade civil. A descoberta deste novo direito permitiria preencher essa lacuna¹¹. Ora, no Brasil, semelhante recurso não é necessário. Há razões para considerar que a tutela da personalidade é geral, sem que para isso seja necessário recorrer ao direito geral da personalidade.

O Código Civil não se limita a previsões específicas. Os arts. 11 e 12 contêm um regime geral. Não se compreenderia que fosse da aplicabilidade limitada às escassas figuras a seguir contempladas de direitos de personalidade.

Mas o grande fundamento da atipicidade dos direitos de personalidade está na previsão constitucional da *dignidade da pessoa humana*. Esta não pode ser reduzida à mera frase. Uma vez colocada como fundamento da disciplina subsequente, ilumina toda a ordem jurídica. Como nota Perlingieri, constitui um princípio directamente aplicável¹².

O carácter não exaustivo da enumeração dos direitos de personalidade pelo Código Civil foi por isso recebido com naturalidade pela doutrina brasileira que se pronunciou sobre a matéria¹³.

Teremos aqui uma manifestação do Direito Civil Constitucional? Seria conforme à moda dizê-lo, mas não é necessário. Basta ter em conta a unidade da ordem jurídica e o assento constitucional último de todos os elementos desta.

¹¹ Tal como em paralelo foi criado um direito geral sobre a empresa ou o estabelecimento comercial (*Unternehmen*) para suprir a ausência de previsão de protecção absoluta de vários bens ligados à actividade mercantil.

¹² Perlingieri, *Perfis do Direito Civil* (trad.), Renovar, 1997, n.º 100: uma norma desta ordem não se limita a resumir os direitos tipicamente previstos por outros artigos da Constituição, mas permite estender a tutela a situações atípicas.

¹³ Cfr. por exemplo Danilo Doneda, “Os direitos de personalidade no Código Civil”, in **A Parte Geral do Novo Código Civil**, 2ª ed., coord. G. Tepedino, Renovar, 2003, 35-59 (46), com referência à “cláusula geral de personalidade” e não ao direito geral de personalidade; Gustavo Tepedino / Heloísa Barbosa / Celina Moraes (coord.), **Código Civil Interpretado**, I, Renovar, 2004, sub art. 11, 32-33.

5. O NECESSÁRIO SUBSTRATO ÉTICO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Mas a Constituição, que fundamenta uma ordem positiva, tem por sua vez de ser fundamentada.

O que representa esta dignidade humana, que assim é proclamada? Qual a sua essência?

Não se apresenta como mera escolha legal, sujeita a alterações pelo vai-vém das forças políticas, nem o seu conteúdo é arbitrariamente fixado pelo legislador.

Para se compreender o que é a dignidade da pessoa humana, tal como aliás para qualquer outro instituto jurídico, temos de conhecer a realidade a que se aplica¹⁴. Aqui, não se dispensa a reflexão sobre a pessoa, que a lei erige em fundamento da disciplina global que traça.

Não podemos escusar-nos a este debate, com o receio de descer aos fundamentos ontológicos. Não há motivo para que as realidades mais determinantes sejam justamente as que se deixam de parte.

O choque das escolas é decerto imponente. Mas o que ameaça especificamente a hora actual não é tanto qualquer falsa orientação sobre a pessoa, mas possivelmente a recusa de toda a orientação. O empenhamento filosófico transferiu-se, da busca da verdade, para a demonstração de que não é possível chegar à verdade. É a hora da *doxa* – tudo é relegado para a opinião.

À verdade absoluta decerto que não podemos chegar: por isso mesmo somos humanos. Diverso é pretender que não cheguemos em absoluto a nada.

Mas neste momento não precisamos de mergulhar a fundo no debate. Porque com facilidade se verifica que, justamente neste domínio, as orientações relativistas convivem com uma espécie de consenso universal sobre os direitos do Homem; e com a convicção de que estes direitos se impõem por si, independentemente de norma positiva. Isso significa que a pessoa, a quem esses direitos inerem, é tomada como realidade de quase indiscutida aceitação.

¹⁴ Assim como não se compreende a disciplina do *leasing*, ou da empresa, ou do testamento, sem conhecer a realidade que disciplinam.

Temos, assim, implicitamente admitido, não obstante os desvios históricos verificados, algo que transcende os direitos constituídos, mesmo ao nível constitucional e internacional e que vincula por si os Estados e as pessoas. Por isso, pode alguém ser condenado pela violação destes direitos, independentemente de se apontar uma lei positiva que tenha sido violada. É este o fundamento encontrado para os crimes contra a humanidade, não obstante todas as distorções que se possam ter verificado também neste percurso.

Pensando bem, o simples facto de os direitos de personalidade serem atípicos, como é objecto de aceitação generalizada, já traduzia que se baseavam numa realidade que estava fora e acima da norma positiva. Vejamos:

Os direitos de personalidade são direitos absolutos.

O princípio é o de que os direitos absolutos são típicos. E a razão é simples: como são direitos *erga omnes*, não se poderia admitir que amanhã alguém fosse surpreendido pela acusação e condenação por violação de direito absoluto, quando nenhuma lei positiva vedava a prática da conduta em questão. São conseqüentemente típicos os direitos reais, os direitos de exclusivo e assim por diante.

Mas os direitos de personalidade são direitos absolutos e são atípicos. Por quê?

Porque é pressuposto, quer pela lei quer pelos intérpretes, que correspondem a imposições naturais: não são criações arbitrárias da lei. Por serem realidades naturais são objectivamente reconhecíveis por todos, independentemente de descrição legal.

Pode ser que nem todos os intérpretes que afirmam a atipicidade dos direitos de personalidade tenham consciência desta implicação. Mas ela é forçosa: na afirmação da atipicidade dos direitos de personalidade, está implícito o reconhecimento da dignidade objectiva e vinculativa por si da pessoa humana que exprimem.

A esta observação está inevitavelmente associado um corolário, que a complementa.

Só é exigível às pessoas que respeitem os direitos de personalidade alheios, independentemente de previsão legal, sob a cominação de responsabilidade em caso de inobservância, no pressuposto de que estes correspondem a aspectos essenciais da personalidade humana, e, como tais, são objectivamente reconhecíveis.

Aspectos menores, que representem elementos que possam ou não ser atribuídos, consoante as oscilações políticas e as orientações de cada ordem jurídica, estão fora desta exigência radical de respeito da pessoa.

Nomeadamente, não há que confundir os direitos de personalidade com os direitos *pessoais*. Os direitos de personalidade são direitos pessoais, mas há muitos outros direitos pessoais, além dos direitos de personalidade.

Os direitos pessoais constituem uma categoria vastíssima e com pouca unidade substantiva. Haverá possivelmente que defini-los negativamente, como direitos não patrimoniais: são faculdades que se não cifram em dinheiro. Atingem aspectos muito variados: até o direito de voto em sociedades comerciais é um direito pessoal, porque a lei exclui que seja convertível em dinheiro. Não têm nada que ver com o nosso tema ¹⁵.

Também daqui resulta que os direitos de personalidade nunca podem respeitar a pessoas jurídicas. Apenas se encontrarão analogias. Assim, o direito de personalidade à honra pode ter um equivalente no direito ao bom nome da pessoa jurídica. Por isso, o art. 52 do CC aplica a disciplina dos direitos de personalidade às pessoas jurídicas *no que couber*.

Mas há que reconhecer que cabe pouco. O regime excepcional de tutela dos direitos de personalidade é fundado na personalidade ontológica da pessoa física. Pressupõe uma valoração ética. Nada disto é aplicável à pessoa jurídica.

Só restam então aspectos mais periféricos para aplicar. Por exemplo, certos aspectos do direito ao nome são extensivos por analogia. Assim, o art. 18 não permite sem autorização usar o nome alheio em publicidade: encontra-se uma analogia no que respeita ao uso em publicidade do nome de pessoa jurídica. Mas o regime geral dos direitos de personalidade é inaplicável. Seja o caso do art. 11 do CC, sobre a limitação voluntária dos direitos de personalidade: a sua carga ética exclui qualquer analogia no que respeita à pessoa jurídica.

¹⁵ Tão-pouco os direitos chamados “personalíssimos” nos interessam. Cfr. sobre esta matéria o nosso **Direito Civil – Teoria Geral I**, cit., n.º 39 I.

6. O REFLEXO DA PERSONALIDADE ONTOLÓGICA NO DIREITO

Qual é então a realidade que é substrato dos direitos de personalidade? Procede-se agora à busca da realidade subjacente, essencial para a compreensão de qualquer disciplina jurídica, mas aqui maximamente importante, porque só esse substrato dita a excepcionalidade da protecção legal.

O que é pessoa humana? Sem nenhuma intenção de esgotar o tema, vamos limitar-nos a indicar alguns traços básicos.

Assentando sobre a realidade biológica, a pessoa é caracterizada pela consciência; e particularmente por aquele nível mais elevado de consciência, que representa a consciência de si própria.

É caracterizada pela liberdade, no sentido de livre arbítrio. Independentemente de determinação filosófica mais profunda, é um dado que se impõe ao direito: este pressupõe necessariamente a liberdade humana. Por isso a pessoa é responsável.

O homem é um ser dotado de fins próprios. A liberdade-livre arbítrio é assim instrumento para a pessoa realizar a sua própria perfeição. Pelo exercício dessa liberdade, a pessoa atinge (ou não, se o omitir) a liberdade moral. Há assim uma espécie de dialéctica: o homem é pessoa, porque lhe é confiada e eticamente exigida a sua própria realização como pessoa.

É um ser distinto da comunidade; mas a realização própria passa pela integração social, como condicionante do desenvolvimento espiritual.

E esta integração social deve traduzir-se em solidariedade, porque a pessoa se realiza com os outros e nunca contra os outros.

Em que medida se reflectem no Direito estes traços muito breves?

O Direito não os pode acolher a todos. O Direito tem como limite a exterioridade, no sentido que regula as relações sociais e não pode pretender ditar o desenvolvimento ético das pessoas¹⁶. Esse só cada um o pode realizar por si; nenhuma entidade pode substituir-se à pessoa na sua realização.

¹⁶ Cfr. o nosso *Introdução à Ciência do Direito*, 3.^a ed., Renovar (Rio de Janeiro), 2005, n.ºs 45 a 47, nomeadamente.

Mas se o Direito não toma o encargo do aperfeiçoamento moral, já pelo contrário lhe cabe contemplar a pessoa na totalidade do seu ser. E isto significa que o deve contemplar como ser espiritual e não apenas como ser biológico.

Perante esse ser, fim e fundamento de toda a sociedade, cabe ao Direito a função de criar um ordenamento ao serviço dessa realidade. E isso traduzir-se-á em três aspectos essenciais:

I – Assegurar ao homem a possibilidade de autodeterminação

Não se lhe pode substituir, mas cabe-lhe eliminar quanto possível os obstáculos que se levantem.

II – Criar condições exteriores adequadas ao aperfeiçoamento de cada pessoa

Por isso, a estruturação social não é neutra, mas, sim, a correspondente ao homem como ser espiritual.

III – Promover uma ordem de solidariedade

Porque, dialecticamente também, o homem só se realiza individualmente realizando-se com os outros, como ser socialmente integrado.

Como se repercutem estas grandes orientações no regime jurídico concreto dos direitos de personalidade?

O primeiro aspecto, já enunciado, é o da *atipicidade* dos direitos de personalidade.

É um aspecto essencial. Se é a pessoa como tal que deve ser contemplada, todos os aspectos fundantes da personalidade têm de ser compreendidos na tutela dada pela ordem jurídica. A dignidade humana não consente uma satisfação sectorial. Isso implica que os direitos de personalidade sejam os impostos pelo substrato ôntico, não dependendo de qualquer listagem positiva de direitos protegidos.

Para esse fim, dissemos já que se não carece da categoria do direito geral de personalidade: carece-se do reconhecimento da pessoa como realidade espiritual. A pessoa é a fonte e o limite ético destas situações jurídicas.

7. A AUTONOMIA

O segundo aspecto é o da autonomia. Cada homem só se realiza por si, numa ordem de liberdade. Os direitos de personalidade

não podem assim ter um conteúdo rígido, têm de prever um diálogo com a orientação de vida tomada pelo seu titular.

Neste ponto ganha grande relevo a questão da admissibilidade de limitações voluntárias aos direitos de personalidade.

O art. 11 do CC determina que os direitos de personalidade não podem sofrer limitação voluntária, salvo nos casos previstos na lei.

Nesta linha, o art. 20 refere várias limitações que são admissíveis se autorizadas. Teríamos assim a possibilidade de restrições aos direitos à honra, respeitabilidade, palavra, imagem...

Serve-se com isto a autonomia, a reserva de um campo de decisão ou escolha, uma vez que cada pessoa é responsável pela sua própria realização.

Mas aqui levanta-se uma questão maior. Estes preceitos só contemplam meia dúzia de figuras.

E em todos os outros casos? Rege a exclusão de limitação voluntária do art. 11 do CC?

Pode ser autorizada a realização de tatuagens? O encarceramento voluntário para fins de experimentação científica? A assunção de posições de risco físico em espectáculos de circo, tipo sujeição às habilidades de um Guilherme Tell?

Seria insensato supor que tudo isto estaria proibido na ordem jurídica brasileira ¹⁷.

Supomos que haverá que proceder a uma grande distinção dentro dos direitos de personalidade, particularmente daqueles que são previstos por lei.

Nos direitos de personalidade podemos distinguir três extractos, a que chamamos:

- o núcleo duro
- a orla
- a periferia

¹⁷ O art. 81 do CC português admite as limitações voluntárias, mas declara-as nulas se contrárias aos *princípios de ordem pública*. Dá-se aqui a escolha equivocada de uma cláusula geral em vez doutra: o que está em causa não é a ordem pública, são os bons costumes. Considera-se ainda que essas limitações são sempre revogáveis, mas sujeitam quem o fizer à responsabilidade. O princípio é pois o da autorização de limitações, sob reserva duma cláusula geral e assistida duma possibilidade (excepcional) de revogação.

I – Núcleo duro

É sempre indisponível: por exemplo, a redução à escravidão, no que respeita à liberdade pessoal.

Há direitos em que tudo se reduz ao núcleo: é o caso de direito à vida.

II – Periferia

As limitações são sempre admitidas. Exemplo, a reserva da disponibilização das imagens de futebolistas.

Mas a razão profunda desta liberalização encontra-se em só formalmente se tratar de matéria de direito da personalidade. Substancialmente não é: é uma relação patrimonial como qualquer outra, autorizar a publicação da imagem quando nenhum aspecto ético está implicado.

Concluimos, assim, que os direitos de personalidade devem ser substancialmente limitados pelas implicações éticas. O que estiver além disso pode ser submetido pela lei ao mesmo *nomen iuris*, mas não é já direito de personalidade. Escapa, assim, ao regime jurídico deste.

III – Orla

Há normalmente nos direitos de personalidade uma orla, em que se admitem limitações voluntárias, dentro da autonomia de cada um.

O consentimento para ser encarcerado, que referimos assim, está na orla do direito de liberdade de locomoção.

Podemos ilustrar estes princípios com o *direito ao nome*:

O *núcleo* não pode sofrer limitações. O núcleo consiste porém na *identidade pessoal*. Não é possível nenhuma limitação que ponha em causa a identidade pessoal.

Na *orla*, não são admissíveis limitações. Mas têm o limite na exposição da pessoa ao desprezo (art. 17 do CC).

Na *periferia*, há completa liberdade de actuação de terceiros, com ou sem autorização. A referência a nomes alheios para fins de informação, a afixação de listas de alunos, a notícia de vítimas de acidentes, são livres. Mas isto porque não é afinal matéria coberta pelo direito de personalidade.

Podemos assim concluir:

O art. 11 do CC só exclui a limitação que atinja o núcleo dos direitos de personalidade; e além deste, ainda aquela zona valorativa

constituída pelas condutas contrárias aos bons costumes. Mas também só para estas limitações se justifica a proibição.

Ficam, assim, liberadas as limitações aos direitos de personalidade, no uso da autonomia privada, que estejam fora daquele círculo. Essas são compatíveis com a dignidade humana.

Porém, para defesa da mesma dignidade, deve-se admitir a revogabilidade dessas limitações. É uma imposição da tutela geral da personalidade.

A lei não o diz directamente. Mas o art. 14, parágrafo único do CC, dá o apoio suficiente.

O art. 14 prevê a disposição gratuita do próprio cadáver. Mas o parágrafo único acrescenta que a disposição é revogável a todo o tempo.

Em rigor, não é propriamente um direito de personalidade: é uma reserva da autonomia do sujeito. Mas a proximidade das matérias é evidente, porque é sempre a tutela da pessoa que as justifica.

Daí a possibilidade de extracção dum princípio geral. Quem dispõe em aspectos em que a personalidade está implicada não fica definitivamente manietado: mantém a autodeterminação. Esta é assegurada através da susceptibilidade excepcional de revogação¹⁸.

8. TRAÇOS DO REGIME ESPECÍFICO

Outra faceta do regime específico dos direitos de personalidade de respeito à capacidade para a prática de actos jurídicos que tenham reflexo sobre a pessoa.

A lei não o contempla expressamente. Mas por estarem em causa os aspectos essenciais da pessoa, não podem ser decisivas bitolas formais.

Deve-se supor que o que importa não é a capacidade formal de exercício, que é pré-dada, mas a capacidade natural, que varia de pessoa para pessoa. É esta que interessa para efeitos da autodeterminação substantiva.

¹⁸ Porém, como o acto, justificado embora, causa prejuízos a outrem, é de admitir, mesmo no silêncio da lei, que o sujeito que revoga a autorização dada incorra em responsabilidade civil. Assim dispõe o art. 81 do CC português. Há porém que ter em conta a dificuldade resultante de ser uma responsabilidade por actos lícitos, que não é uma categoria de geral admissibilidade.

Por isso, as gradações são diversas, em função dessa capacidade natural. O menor, por exemplo, poderá praticar actos válidos de disposição se tiver a maturidade bastante. Por exemplo, poderá por si admitir tratamentos médicos conformes às **leges artis**, ainda que os seus representantes a tal se oponham por motivos ideológicos.

É outra manifestação da adesão à realidade humana, com o conseqüente repúdio do formalismo.

A protecção da personalidade tem também incidência pós-morte. São legitimados para prosseguir essa tutela o cônjuge, ascendentes e descendentes no que respeita a escritos, palavras e imagem (art. 20, parágrafo único). Já o art. 12, parágrafo único, legitima o cônjuge e permite ainda a intervenção de parentes até ao 4.^a grau nos casos que contempla, possivelmente porque pretende uma maior amplitude na possibilidade de defesa desses direitos ¹⁹.

Todavia:

- nem se trata de defesa de direitos da personalidade violados após a morte do titular, porque a morte extingue todos os direitos, e em absoluto os de personalidade;

- nem de uma defesa de direitos dos familiares referidos, porque os direitos de personalidade do falecido não se transmitem por natureza;

- nem de direitos próprios desses familiares, que teriam sido ofendidos como tal, porque não são interesses próprios que eles estão legitimados a defender.

Os familiares actuam funcionalmente. O objecto é sempre a defesa do falecido, neste caso, da sua memória. Por isso não podem aproveitar a sua legitimação para satisfazer interesses próprios²⁰.

Há também um regime especial no que respeita à disponibilidade destes direitos. O art. 11 do CC determina a *intransmissibilidade*. Não podem passar da pessoa do seu titular. Acabamos de ver que são excluídos da sucessão por morte e que não reverterem mesmo para os familiares a quem se dá legitimidade para os defender.

¹⁹ Porque se trata então de reagir à ameaça ou lesão de direito de personalidade.

²⁰ Por exemplo, proibir o que o falecido autorizaria ou autorizar o que ele proibiria.

O art. 11 acrescenta a *irrenunciabilidade*. Refere-se, note-se, à renúncia global ao direito. Já a autorização para uma limitação em concreto pode ser dada, nos termos atrás examinados.

O preceito não fala da *imprescritibilidade*. Podia fazê-lo.

Podemos distinguir a imprescritibilidade global dos direitos de personalidade e a imprescritibilidade de faculdades destes derivados.

Uma prescritibilidade global está excluída. Ainda que um titular não exerça longamente um direito de personalidade, não o perde. Não se podem perder aspectos constitutivos da personalidade.

A questão da prescritibilidade em concreto poderia suscitar-se em relação a uma violação singular de um direito de personalidade. Se dessa violação resultar um direito à indenização, esse direito prescreve nos termos gerais, se não for exercido. Mas já o mesmo se não passa no que respeita à pretensão de que cesse uma violação do direito de personalidade (art. 12). Essa não se extingue, porque se não pode dispor de um bem da personalidade. Aliás, nessas hipóteses a ofensa é sempre actual (ser objecto de escárnio público, por exemplo). Qualquer que seja a duração da violação, nunca a pessoa perde a faculdade de reagir ²¹.

9. OS MEIOS DE TUTELA

É fundamental neste domínio o que respeita aos meios de tutela. Isto porque a relevância máxima da protecção da pessoa exige uma grande especificidade dos meios de tutela.

Começando pelos meios materiais ou substantivos de tutela, a questão que se coloca é antes de mais a de saber se essa tutela é servida pelos meios comuns, ou se, além desses, é admissível que se lance mão de outros, mesmo atípicos, que sejam os adequados para essa protecção.

²¹ Pode colocar-se em dúvida se a reacção se dirige só contra actos ilícitos, ou se pode ter por objecto também actuações lícitas por parte de outro sujeito, mas que ponham em causa direitos de personalidade, a saúde por exemplo. Como orientação, o princípio da possibilidade de reacção é geral. O carácter ilícito da acção alheia pode ter relevância para outros efeitos (desde logo a responsabilidade civil), mas não condiciona a faculdade de reagir.

Não há no CC uma previsão que o estabeleça genericamente²². Haverá todavia outros elementos que permitam chegar até ela?

Parece muito importante o art. 21, e último do CC, entre os dedicados aos direitos da personalidade. No que respeita à matéria aí contemplada, dispõe que “o juiz adoptará as providências necessárias”.

Ora, isto implica uma atipicidade. O juiz tem liberdade para escolher os meios que se revelarem necessários para proteger aquela faceta da personalidade. Há assim uma liberdade e simultaneamente um controle judicial dos meios a adoptar. É um grande progresso.

Mas será generalizável a todas as situações em que a personalidade estiver em jogo?

A previsão terá surgido no art. 21 do CC por influência do carácter vastíssimo da previsão que contém. Mas, materialmente, não há nada que justifique uma solução diferente nas outras hipóteses. Até porque inúmeras situações se podem perfilar de muito maior gravidade que as contempladas no art. 21, no que respeita à salvaguarda da personalidade.

Supomos por isso que a afirmação constitucional da dignidade da pessoa humana leva a considerar que a orientação estabelecida no art. 21 pode ser aplicada em todos os casos em que se tornar necessário fazê-lo para a defesa da pessoa. O juiz não está cerceado pelas previsões específicas de meios materiais de reacção. Pode lançar mão de outras providências que o caso reclama, porque a defesa da pessoa prima também nos restantes casos sobre o formalismo legal vigente.

Num outro plano pode suscitar-se questão análoga, agora por referência aos meios adjectivos ou formais de tutela.

Não encontramos na lei brasileira previsões específicas sobre a aplicação efectiva dos direitos de personalidade, além das constantes do art. 12 do CC.

Este refere a “cessação da ameaça ou lesão” e a sujeição a perdas e danos.

²² Ao contrário do Código Civil português, cujo art. 70/2 dispõe: “Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida”.

Não tem grande conteúdo. Decerto que, sendo os direitos de personalidade situações juridicamente protegidas, seria sempre possível impor a cessação da ameaça ou da lesão. É todavia importante notar que a reacção não se dirige apenas contra actos que sejam ilícitos por si; pode dirigir-se também contra actuações lícitas que atinjam os direitos de personalidade. Por exemplo, pode pôr-se a necessidade de reagir contra emissões lícitas, porque autorizadas por lei, mas que atinjam gravemente a saúde de vizinhos que a elas estão sujeitos.

Também a eventual responsabilidade civil resulta dos princípios gerais. Mas por estes requer-se o carácter ilícito do acto, salvo regra especial que comine responsabilidade objectiva ou por actos lícitos, o que permite dar outro conteúdo a esta previsão.

Noutras ordens jurídicas vai-se mais longe. Estabelecem-se processos especiais em matéria de direitos de personalidade, por exemplo²³.

Poderá afirmar-se que os direitos de personalidade ocupam um grau hierárquico superior em relação aos outros direitos?

Em abstracto sim, uma vez que protegem os bens de maior valia. Mas é necessário ser prudente nas consequências que daí se pretendam tirar em caso de conflito de direitos. Nomeadamente, não se pode pretender que os direitos de personalidade prevaleçam sempre sobre os direitos de qualquer outro tipo.

Todos os direitos têm os seus limites, intrínsecos e extrínsecos. Os limites extrínsecos funcionam necessariamente em caso de conflito entre direitos de personalidade, sejam ou não idênticos. Mas podem funcionar também no confronto destes com outros direitos. Só em concreto será porém possível apurar a solução dos conflitos que eventualmente surjam, porque depende muito das circunstâncias do caso.

A prioridade hierárquica dos direitos de personalidade é assim um princípio que se deve afirmar, mas que não é passível de uma aplicação mecânica.

²³ Assim, os arts. 1.474 e 1.475 do Código de Processo Civil português prevêem um processo especial, integrado nos processos de jurisdição voluntária.

10. CONFRONTO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em resultado da pesquisa empreendida chegamos assim a uma categoria bem definida, constituída pelos direitos de personalidade.

São direitos com substrato na própria pessoa humana, traduzindo a primazia desta. Regem-se por princípios fundamentais próprios e são servidos por um regime jurídico próprio também.

Estamos agora em condições de estabelecer definitivamente a relação desta matéria com a dos direitos fundamentais.

Há uma evidente proximidade, que leva mesmo a uma espécie de sobreposição parcial, no sentido que muitos bens são cumulativamente objecto de protecção por direito fundamental e por direito de personalidade.

Mas o fundamento e a perspectiva da tutela são diferentes.

Os direitos fundamentais estão formalmente delimitados na Constituição, embora se abra a possibilidade de extensão analógica. Continuam baseados nas garantias públicas, portanto numa posição dos cidadãos perante o Estado, e não na consideração da pessoa em si. Têm um regime próprio e privilegiado de tutela, tal como os direitos de personalidade; mas os regimes não são coincidentes.

Os direitos de personalidade estão menos dependentes de previsões legais. O seu centro de gravidade é a pessoa ontológica: moldam-se ao serviço desta. São independentes da problemática da posição da pessoa perante o Estado, embora necessariamente a condicionem.

Por isso, por estarem mais soltos, levam por si a soluções, independentes de específica previsão legal. E conduzem a um regime de protecção ímpar em toda a ordem jurídica, pela atipicidade dos direitos e do regime de tutela.

A afinidade, inegável, com os direitos fundamentais leva freqüentemente também à sobreposição dos regimes. Mas há dupla tutela e não confusão de tutelas. A relevância ética permanente dos direitos de personalidade não o permite. Não é por isso possível a osmose com o sector, hoje em risco de banalização, dos direitos fundamentais.

11. DOS DIREITOS DO CIDADÃO AO DIREITO DA PERSONALIDADE

O percurso seguido representa quase uma revolução (no sentido das ciências exactas) no entendimento oitocentista dos direitos do homem e do cidadão.

Surgiram inicialmente como uma emanção do individualismo, por força do “contrato social”. Omitem-se os deveres – e continuam a omitir-se, séculos volvidos, pois isso é próprio da sociedade da lisonja em que estamos mergulhados.

Ofusca-se a solidariedade, quando esta é um elemento radicalmente constitutivo da condição humana. Por exemplo, hesita-se na resposta a dar aos conflitos que possam surgir entre a pretensão à reserva sobre o estado pessoal de doença, quando a revelação poderia beneficiar outros (por exemplo, familiares com a mesma propensão genética), mediante tratamento precoce. A solução personalista é só uma – é a da solidariedade, porque os direitos de personalidade não podem representar uma capa do egoísmo.

A revolução necessária, que se apresenta como um programa, consiste em reforçar o conteúdo, pois tal é implicado pelo sentido autêntico de pessoa. Não se esqueça que só este é o sentido constitucional, pois como vimos a “dignidade humana” tem de ser entendida como realidade substancial, e não dístico formal manipulável.

Do mesmo modo, a irrenunciabilidade dos direitos de personalidade não equivale a uma entronização do ego sobre todos os demais. Se a realização humana passa pela solidariedade, o sacrifício autónomo dos direitos em benefício dos outros não pode ser confundido com uma lesão de direitos próprios, nem contender com estes. O sacrifício do P.^e Kolbe, oferecendo-se para integrar um lote de condenados a fuzilamento pelos alemães na Polónia, em substituição dum pai de família, representa a mais alta forma de realização humana. Não há maior prova de amor que dar a vida pelo outro. Este domínio não é pois o refúgio do egoísmo, porque aponta – sem impor – para a realização autónoma de valores que o rejeitam.

Em paralelo, há que pensar na revelação dum novo ramo do Direito. Ramo esse que seria o primeiro e o mais importante do Direito Civil e do Direito em geral, por decorrência do primado da pessoa humana.

Fala-se em Direitos de Personalidade. Não pensamos ser a designação adequada. Não se trata propriamente da objecção fundada em fazerem surgir a pessoa simultaneamente como sujeito e objecto destes direitos. Afastado o pretenso direito geral de persona-

lidade, a crítica vence-se através da reformulação necessária da noção de objecto do direito. Não há que “coisificar” o objecto, o objecto é apenas um ponto de referência²⁴. Com este ponto de partida, nada tem de estranho que os bens da personalidade possam ser tidos como o objecto dos direitos de personalidade.

A questão é outra. Não se trata de discutir a categoria dos direitos de personalidade mas de denunciar o carácter redutor que aquela qualificação traduz.

Primeiro, e sobretudo – omite os deveres. Ora o Direito da Personalidade, como aliás todo o Direito, mas aqui com maior intensidade, supõe deveres, dado o seu conteúdo ético essencial.

Além disso, a referência a *direitos* é estreita demais para reflectir toda a riqueza de situações activas compreendidas. Encontramos afinal muitas outras figuras técnicas.

Consideremos o “direito ao ambiente”. Ganhou o primeiro plano e alcançou consagração como direito fundamental. Qualquer que seja o seu significado nesse sector, o que nos interessa é porém saber se representa um direito de personalidade.

Mas haverá mesmo um direito de personalidade ao ambiente? A própria regulação positiva não traduz, antes de mais, o que se chama um *interesse difuso*? Porque a especificidade desta disciplina está precisamente no carácter altruísta da intervenção que se supõe, uma vez que a prossecução por cada membro da comunidade do interesse ao ambiente é indissociável do de todos os outros membros. Cada membro, actuando, desempenha simultaneamente uma função no interesse de todos.

E que dizer do direito à saúde, como direito da personalidade? Não será antes uma situação doutra ordem?

E que dizer das liberdades como direitos de personalidade, quando a manifestação específica daquelas está no domínio do juridicamente indiferente?

Não podemos abordar esta problemática **ex professo**. Mas o que se nos revela é que o ramo que se nos depara não regula apenas

²⁴ Cfr. sobre este entendimento funcional do objecto do direito subjectivo o nosso **Direito Civil – Teoria Geral I**, cit., nomeadamente n.º 198; III – **Relações e Situações Jurídicas**, Coimbra Editora, 2002, n.ºs 31 e 32.

os direitos de personalidade. Abrange todas as figuras, activas ou passivas, que sejam manifestação directa e necessária da personalidade ôntica. Por isso se exprime por direitos, deveres ou quaisquer outros tipos de situações jurídicas que ocorram.

Com isto se delinea como um novo ramo o **Direito da Personalidade**. Por isso dizemos que a revolução que há que consumir é aquela que, partindo dos direitos do cidadão, conduza ao Direito da Personalidade.

Qual é então o significado da previsão dos direitos de personalidade no Código Civil?

No seu conteúdo específico, aqueles escassos preceitos representam seguramente um pequeno passo.

E todavia, são da maior importância, porque marcam uma direcção.

A situação que se viveu, de a maioria dos livros sobre a Teoria Geral do Direito Civil não referir sequer os direitos da personalidade, está definitivamente superada.

O tempo é de construção. E podemos observar que as primeiras reacções neste domínio foram numerosas e muito correctas, no sentido praticamente unânime da correspondência ao primado radical da pessoa humana. Há motivos para esperar um desenvolvimento promissor no caminho para o Direito da Personalidade. 